

Sygn. akt: KIO 163/21

POSTANOWIENIE
z dnia 12 lutego 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w Warszawie w dniu 12 lutego 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 stycznia 2021 r. przez wykonawcę Baxter Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Dolnośląski Szpital Specjalistyczny im. T. Marciniaka – Centrum Medycyny Ratunkowej we Wrocławiu

przy udziale wykonawcy Fresenius Medical Care Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Baxter Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019, ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020, ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Dolnośląski Szpital Specjalistyczny im. T. Marciniaka – Centrum Medycyny Ratunkowej we Wrocławiu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawę wyrobów medycznych do hemodializy wraz z dzierżawą aparatów (nr referencyjny: EZ/706/117/20). Wartość ww. zamówienia przekracza kwotę, od której uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 31 grudnia 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2020/S 255-639895. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020, ze zm.), jako wszczętego i niezakończonego przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy Pzp.

W dniu 11 stycznia 2021 r. wykonawca Baxter Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynności oraz zaniechania zamawiającego polegające na:

1. ukształtowaniu w Postępowaniu treści SIWZ w sposób sprzeczny z obowiązującymi przepisami prawa poprzez sformułowanie przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia znajdującym się w „formularzu cenowym” będącym integralną częścią SIWZ dla zadania nr 1 (dalej: „OPZ”) wymogów dotyczących parametrów dzierżawy 6 aparatów do wykonywania ciągłych terapii nerkozastępczych w sposób naruszający i ograniczający uczciwą konkurencję oraz zasady równego traktowania wykonawców w Postępowaniu, bowiem Zamawiający określił w sposób nadmierny wymagania w zakresie parametrów aparatów do hemodializy lub określił je w sposób charakterystyczny dla urządzeń jednego producenta, tym samym wykluczył w sposób nieuzasadniony urządzenia innych producentów, faktycznie dopuszczając do realizacji zamówienia jednego wykonawcę. Zamawiający sformułował zatem wymagania dotyczące dzierżawy 6 aparatów do wykonywania ciągłych terapii nerkozastępczych w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp, tj. w szczególności zestawienie wymaganych parametrów technicznych, w zakresie:

- 1) Wymagane parametry techniczne aparatów do wykonywania ciągłych terapii nerkozastępczych pkt 12) - Pomiar ciśnienia tętniczego, żylnego i przed filtrem bez kontaktu z powietrzem,
 - 2) Wymagane parametry techniczne aparatów do wykonywania ciągłych terapii nerkozastępczych pkt 14) - Zakres regulacji temperatury min. 35-39oC, możliwość podgrzewania płynów (dializatu oraz substytutu),
 - 3) Wymagane parametry techniczne aparatów do wykonywania ciągłych terapii nerkozastępczych pkt 17) - Wózek jezdny aparatu na 4 niezależnych skrętnych kołach, w tym z 2 z dwustopniową blokadą,
- co w efekcie stanowiło naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.
2. ustaleniu kryteriów oceny ofert w sposób dyskryminujący, a przejawiający się w przyznawaniu punktów za parametry techniczne urządzenia do ciągłych terapii nerkozastępczych, które posiada w swojej ofercie tylko jeden producent. Zamawiający sformułował zatem kryteria oceny ofert zamieszczone w „formularzu cenowym” będącym integralną częścią SIWZ dla zadania nr 1, dotyczące dzierżawy 6 aparatów do wykonywania ciągłych terapii nerkozastępczych w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp, tj. przewidział dodatkowe punktowanie parametrów technicznych urządzenia do ciągłych terapii nerkozastępczych w następującym zakresie:
- 1) Dodatkowo punktowane parametry techniczne urządzenia do ciągłych terapii nerkozastępczych pkt 1) - Nieprzerwana podaż cytrynianu podczas zmiany worków dializatu, substytutu i filtratu (zabezpieczenie przed wykrzepianiem zastawu),
 - 2) Dodatkowo punktowane parametry techniczne urządzenia do ciągłych terapii nerkozastępczych pkt 2) - Dodatkowa pompa perystaltyczna pozwalająca na ciągłą podaż roztworu wapnia bez zmiany worka przez min. 24 godziny,
 - 3) Dodatkowo punktowane parametry techniczne urządzenia do ciągłych terapii nerkozastępczych pkt 3) - Kasetowy system drenów umożliwiający łatwy i szybki montaż oraz wielokrotną wymianę samego filtra w trakcie zabiegu, bez konieczności wymiany całej kasety,
 - 4) Dodatkowo punktowane parametry techniczne urządzenia do ciągłych terapii nerkozastępczych pkt 4) - Zintegrowane dreny cytrynianu i wapnia z układem krążenia pozaustrojowego,
 - 5) Dodatkowo punktowane parametry techniczne urządzenia do ciągłych terapii nerkozastępczych pkt 6) - Możliwość uzyskania wstecznego przepływu krwi celem udrożnienia dostępu naczyniowego bez konieczności rozłączania układu krążenia pozaustrojowego i płukania cewnika,

6) Dodatkowo punktowane parametry techniczne urządzenia do ciągłych terapii nerkozastępczych pkt 7) - Dwa indywidualne systemy do podgrzewania płynów (dializatu oraz substytutu) zintegrowane w obudowie aparatu,

7) Dodatkowo punktowane parametry techniczne urządzenia do ciągłych terapii nerkozastępczych pkt 8) - Możliwość przejścia w czasie zabiegu w "tryb pielęgnacji" z wyłączonym bilansowaniem i zmniejszonym przepływem krwi.

- co w efekcie stanowi naruszenie art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 91 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. dokonanie modyfikacji SIWZ w zakresie wskazanym w Odwołaniu, poprzez zmianę zaskarżonych postanowień w sposób określony w Odwołaniu (usunięcie) lub ich zmianę zgodnie z żądaniami zawartymi w Odwołaniu;
2. dokonanie zmiany ustanowionych w Postępowaniu w sposób dyskryminujący kryteriów oceny ofert w sposób określony w treści odwołania;
3. dokonanie odpowiednich zmian w treści Ogłoszenia o zamówieniu dotyczącym przedmiotowego postępowania, w takim zakresie, w jakim treść tego Ogłoszenia będzie stała w sprzeczności z treścią SIWZ zmienioną w wyniku uwzględnienia tego odwołania;
4. przedłużenie terminu składania ofert o czas niezbędny na sporządzenie oferty.

Mając na uwadze, iż odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 stycznia 2021 r., do przedmiotowego postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020 ze zm.), znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp z 2019 r.”.

W terminie wynikającym z art. 525 ust. 1 ustawy Pzp z 2019 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Fresenius Medical Care Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu.

W dniu 10 lutego 2021 r. do Prezesa Izby wpłynęło pismo odwołującego, w treści którego odwołujący poinformował o dokonaniu przez zamawiającego pismem z dnia 8 lutego 2021 r. modyfikacji SIWZ częściowo uwzględniającej zarzuty odwołania oraz złożył oświadczenie o wycofaniu pozostałych zarzutów. Do pisma odwołującego zostało załączone ww. pismo zamawiającego z dnia 8 lutego 2021 r. informujące o dokonanej modyfikacji SIWZ.

Zamawiający oraz wykonawca zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po

stronie zamawiającego, powiadomieni o terminie posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego, na posiedzenie to nie stawili się.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy Pzp z 2019 r. Zgodnie z treścią tego przepisu w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. Izba stwierdziła, że sytuacja, która miała miejsce w niniejszej sprawie, tj. dokonanie przez zamawiającego modyfikacji SIWZ częściowo uwzględniającej zarzuty odwołania, powinna być traktowana na gruncie art. 522 ust. 3 ustawy Pzp z 2019 r. jak złożenie przez zamawiającego oświadczenia o częściowym uwzględnieniu zarzutów odwołania. Wykonawca zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie stawiając się na posiedzenie z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego utracił prawo do wniesienia sprzeciwu wobec częściowego uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy Pzp z 2019 r. umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia zgodnie z art. 568 pkt 3 tejże ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 ustawy Pzp z 2019 r. w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), nakazując dokonanie na rzecz odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący: